

Memo

Aan: Famed, mr. D. Wessels Boer
Van: Privacy Management Partners
mr.drs. J.H.J. Terstegge CIPP/E, partner
Betreft: Grondslag verwerking gezondheidsgegevens AVG
Datum: 18 juli 2018

Privacy
Management
Partners
Coöperatie UA

Bezoekadres
Vondellaan 46
3521 GH Utrecht
telefoon
+31 85 401 38 66
e-mail
info@pmpartners.nl
website
www.pmpartners.nl
kvk
58176691

Conclusie

Ik ben van oordeel dat Famed de gezondheidsgegevens mag verwerken op grond van artt. 6(1)(c) en 9(2)(g) AVG juncto art. 38 lid 2 Wmg en de voorschriften van de NZa. Wel is het -bij gebreke aan voorschriften in de wet en de regelingen van de NZa- aan Famed om de in art. 9(2)(g) AVG vereiste maatregelen te hebben genomen om de (privacy)belangen van de betrokkene te beschermen, zoals beveiligingsmaatregelen om verlies of onbevoegde kennisneming tegen te gaan.

Voorts ben ik van oordeel dat de zorgaanbieders de medische gegevens die nodig zijn voor de facturering, zoals het aantal en de omschrijving van de ondergane behandelingen, zonder uitdrukkelijke toestemming van de patiënt aan Famed mogen verstrekken vanwege de zg. ‘verlengde arm constructie’ in het medisch beroepsgeheim zoals vastgelegd in art. 7:457 lid 2 Burgerlijk Wetboek.

1. Inleiding

Famed neemt door middel van cessie zorgdeclaraties over van zorgverleners (*medical factoring*). In het kader van deze dienstverlening verwerkt Famed onder meer de volgende gegevens: NAW-gegevens, geboortedata, geslacht, verzekeringsnummers, gegevens omtrent te leveren of geleverde medische zorg of te verstrekken of verstrekte dienstverlening (prestatiecode en omschrijving conform NZa regelgeving), factuurbedragen, betaalgedrag en bankrekeningnummers. Sommige van deze gegevens kwalificeren als ‘bijzondere persoonsgegevens’.

Famed wenst te vernemen wat de grondslag is voor de verwerking van de ‘bijzondere gegevens’ zoals bedoeld in de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

2. Toepasselijk recht

Op de verwerking van voornoemde persoonsgegevens is de Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679, hierna: AVG) van toepassing. De AVG regelt de rechtmatige en behoorlijke omgang met persoonsgegevens.

De volgende artikelen van de AVG zijn voor dit memo relevant:

- Art. 4(7) AVG: Definitie verwerkingsverantwoordelijke;
- Art. 4(15) AVG: Definitie gezondheidsgegevens;
- Art. 6(1) AVG: Rechtmatigheid van de verwerking;
- Art. 9 AVG: Bijzondere categorieën van persoonsgegevens.

Verder is de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) relevant, meer in het bijzonder:

- Art. 1 sub b, onderdeel 2, Wmg: definitie zorgaanbieder;
- Art. 38 lid 2 Wmg: vermelding prestatiebeschrijving;
- Art. 38 lid 3 Wmg: grondslag declaratievoorschriften NZa;
- De Regeling Mondzorg (NR/REG-1807).

En de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO), meer in het bijzonder:

- Art. 7:457 lid 2 Burgerlijk Wetboek.

3. Beoordeling

3.1. *Famed is verwerkingsverantwoordelijke*

Famed verkrijgt de persoonsgegevens van de betrokkenen door middel van cessie van de vordering door de zorgverlener. Famed wordt daarmee eigenaar van de vordering en verkrijgt daarmee, anders dan een administratiekantoor dat als verwerker namens de zorgverlener vorderingen int, een zelfstandige titel voor de verwerking van de persoonsgegevens die bij de betreffende vordering horen. Dit maakt Famed tot een verwerkingsverantwoordelijke op grond van een “impliciete bevoegdheid”¹ tot het verwerken van de relevante persoonsgegevens en daarmee zijn de vereisten van de AVG, met name de hoofdstukken 2 (beginselen), 3 (rechten van de betrokkenen), 4 (verplichtingen van de verantwoordelijke en de verwerker), 5 (internationaal gegevensverkeer) en 9 (specieke situaties) vrijwel

¹ Zie Artikel 29 Werkgroep, *Advies 1/2010 over de begrippen ‘voor de verwerking verantwoordelijke’ en ‘verwerker’*, 16 februari 2010 (WP169).

allemaal op Famed van toepassing, waaronder art. 6 (rechtmatigheid van de verwerking) en art. 9 (bijzondere gegevens).

3.2. De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg)

i. Het begrip ‘zorgaanbieder’

De Wmg is van toepassing op zorgaanbieders. Zorgaanbieders zijn gedefinieerd in art. 1 sub c Wmg als:

- 1) de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent (de *zorgverlener*), en
- 2) de natuurlijke persoon of rechtspersoon voor zover deze tarieven in rekening brengt namens, ten behoeve van of in verband met het verlenen van zorg door een zorgaanbieder als bedoeld onder 1^o.

Famed is een zorgaanbieder als bedoeld in onderdeel 2. Als gevolg van de cessie verstuurt Famed immers facturen voor de behandeling die de betrokkene bij een zorgverlener heeft ondergaan. Daarmee kwalificeert Famed als een rechtspersoon die “*in verband met* het verlenen van zorg door een zorgverlener tarieven in rekening brengt” (art. 1 sub c, onderdeel 2, Wmg).² Dit is in 2012 in een e-mail van de NZa ook zo aan mij bevestigd:

Artikel 1 sub c onder 2 Wmg definieert als zorgaanbieder mede degene die tarieven in rekening brengt 1) namens, 2) ten behoeve van of 3) in verband met het verlenen van zorg door een zorgverlener. In het geval de factormaatschappij de vordering heeft overgenomen en dus op eigen naam en voor eigen rekening tarieven voor zorgverlening in rekening brengt bij derden, is sprake van het in rekening brengen “in verband met het verlenen van zorg.” Deze factormaatschappij is daarmee voor de toepassing van de Wmg gelijkgesteld aan een zorgaanbieder.³

3.2.2. Vermelding prestatiebeschrijving

Art. 38 lid 2 Wmg bepaalt dat een zorgaanbieder een tarief in rekening brengt onder vermelding van de daarbij behorende prestatiebeschrijving. Op grond van artikel 38 lid 3 onderdeel b Wmg kan de NZa daarvoor nadere regels stellen. Voor

² De Prestatie- en Tariefbeschikking Tandheelkundige Zorg (TB/REG-18609-01) is glashelder over de vraag of medical factoringmaatschappijen als zorgaanbieder worden gekwalificeerd. De regeling geldt namelijk o.a. voor: “zorgaanbieders als bedoeld in artikel 1 onder c sub 2 van de Wmg (factormaatschappijen)”. Zie ook, Aarts, *Wet Marktordening Gezondheidszorg*, Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht, pagina 84: “Ook degenen die tarieven in rekening brengen namens, ten behoeve van of in verband met het verlenen van zorg door een zorgaanbieder zijn zorgaanbieders. Hiertoe behoren bijvoorbeeld ook de medische factoringbedrijven”.

³ E-mail Michiel Veersma, Expert Juridische Zaken, NZa d.d. 28 september 2012.

bijvoorbeeld de mondzorg, een sector waarin Famed veel klanten heeft, heeft de NZa de Regeling Mondzorg (NR/REG-1807) vastgelegd.

Artikel 4 van deze regeling luidt als volgt:

4. Administratievoorschriften

Zorgaanbieders voeren een administratie van uitgevoerde prestaties, zodanig dat telling mogelijk is van gerealiseerde prestaties en de daarvoor gehanteerde tarieven in enige periode. Zorgaanbieders registreren in ieder geval per prestatie:

1. de geleverde prestatie met code;
2. het gedeclareerde tarief;
3. de datum waarop de prestatie is uitgevoerd;
4. de naam- adres- en woonplaatsgegevens van de patiënt;
5. de geboortedatum van de patiënt;
6. welke zorgverlener de prestatie heeft geleverd;
7. de AGB-code van de declarerende zorgaanbieder;
8. de postcode van de praktijk van de zorgaanbieder.

Artikel 5 van deze regeling luidt als volgt:

5. Declaratievoorschriften

A) De zorgaanbieder maakt in zijn declaratie aan een consument en/of ziektekostenverzekeraar zichtbaar welk tarief voor een prestatie in rekening is gebracht.

B) De declaratie dient te worden gespecificeerd conform de prestatiebeschrijvingen en coderingen in de beleidsregels 'tandheeskundige zorg', 'jeugd tandverzorging instellingen', 'orthodontische zorg', 'tandtechniek in eigen beheer' en 'bijzondere tandheelkunde instellingen'.

C) De declaratie van de geleverde prestatie(s) moet zodanig gespecificeerd zijn dat in ieder geval duidelijk is:

1. Welke zorgaanbieder de prestatie declareert, waarbij ook de AGB-code wordt vermeld.
2. Welke patiënt het betreft, op basis van naam- adres- en woonplaatsgegevens en de geboortedatum van de patiënt.
3. Op welke prestatie(s) (inclusief prestatiecode) de declaratie betrekking heeft.
4. Welk tarief de zorgaanbieder voor de gedeclareerde prestatie(s) hanteert.
5. Welk bedrag de zorgaanbieder voor materiaal- en/of techniekkosten en laboratoriumkosten hanteert per gedeclareerde prestatie.
6. Op welk(e) elementnummer(s) (tand of kies) de prestatie betrekking heeft, indien specificeerbaar.

7. Op welke datum de prestatie(s) is (zijn) uitgevoerd.

D) Declaraties dienen voorzien te zijn van de adresgegevens van de declarerende praktijk.

E) De prestatie wordt door de zorgaanbieder, of via een factoringmaatschappij, of via een ziektekostenverzekeraar éénmaal in rekening gebracht aan de consument.

F) Voor prestatiespecifieke declaratiebepalingen wordt verwezen naar de relevante tariefbeschikkingen.

Famed is als zorgaanbieder onder de Wmg gehouden de voorschriften als bedoeld in artikel 38 lid 2 en de Regeling Mondzorg na te leven.⁴

3.3. De Algemene Verordening Gegevensbescherming

3.3.1. Rechtmatigheid van de verwerking (art. 6.1 AVG)

Art. 6(1) AVG bevat de grondslagen voor de rechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Dit artikel is van toepassing op zowel 'gewone' als 'bijzondere' persoonsgegevens. In casu is art. 6(1)(c) relevant: de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust. Famed is als zorgaanbieder op grond van art. 38 lid 2 Wmg immers verplicht om de persoonsgegevens te verwerken.

3.3.2. Gegevens over de gezondheid (art. 4.15 AVG)

De prestatiebeschrijving zoals vereist op grond van art. 38 lid 2 Wmg kwalificeert als een gezondheidsgegeven als bedoeld in art. 4(15) AVG en daarmee als een bijzonder gegevens waarop het verbod van art. 9(1) AVG van toepassing is. Deze beschrijvingen zijn immers uniek voor een behandeling of groep behandelingen. Hoewel niet alle omschrijvingen even gedetailleerd zijn, geven zij niettemin tot op zekere hoogte informatie over de gezondheidstoestand van de betrokkene. Daarmee kwalificeren deze gegevens als "gegevens over verleende gezondheidsdiensten waarmee informatie over zijn gezondheidstoestand wordt gegeven".

⁴ Voor zover Famed niet rechtstreeks gebonden zou zijn aan art. 38 lid 2, bepaalt art. 44 Wmg dat de bepalingen van artikelen 36 en 38 tot en met 43 Wmg mede van toepassing zijn "[...] ten aanzien van degene die een administratie voert ten behoeve van of in verband met het aanbieden, overeenkomen, leveren, in rekening brengen, betalen of vergoeden aan derden van een prestatie of een tarief of het ontvangen van een betaling." Op grond van deze bepaling zou Famed ook gehouden zijn om de artikelen 36 en 38 tot en met 43 Wmg na te leven.

3.3.3. Bijzondere gegevens (art. 9 AVG)

Art. 9(1) AVG verbiedt het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, waaronder gezondheidsgegevens, door Famed. In artikel 9(2) AVG staan vervolgens een aantal gevallen waarin de verwerking van bijzondere gegevens wel is toegestaan. De uitzondering op het verbod op verwerking van bijzondere persoonsgegevens op grond van een wettelijke plicht, zoals art. 38 lid 2 Wmg, vindt zijn grondslag in art. 9(2)(g) AVG:

[het verbod] is niet van toepassing wanneer aan een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

....

(g) de verwerking is noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene;

Art. 9(2)(g) AVG bevat een aantal elementen:

- *Noodzakelijk om redenen van zwaarwegend algemeen belang*
Dit element is primair ter beoordeling van de wetgever. In de Memorie van Antwoord is daar het volgende over te vinden:

In kwalitatieve zin hebben de prestatiebeschrijvingen en de verplichtingen een positief effect op het functioneren van de zorginkoopmarkt. Met het vastleggen van prestatiebeschrijvingen en verplichtingen kan een gelijk speelveld worden geschapen voor allen die zich op de zorginkoopmarkt begeven. Door de prestatiebeschrijving in beleidsregels vast te leggen schept de NZa rechtszekerheid voor consumenten, zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars. De consumenten weten met een prestatiebeschrijving wat zij mogen verwachten aan zorg, de zorgaanbieders weten welke zorg er geleverd moet worden en de ziektekostenverzekeraars weten welke zorg zij inkopen. Die duidelijkheid maakt de inkoopmarkt transparant.⁵

- *Op grond van Unierecht of lidstatelijk recht*
De verplichting tot verwerking van de prestatiebeschrijving door Famed is vastgelegd in art. 38 lid 2 Wmg, en verder uitgewerkt in de Regeling

⁵ Eerste Kamer 30186, nummer D, pagina 42.

Mondzorg dat door de NZa krachtens art. 38 lid 3 Wmg mag worden vastgesteld. Beide regelingen kwalificeren daarmee als 'lidstatelijk recht'.

- *Waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene*

Ook de nadere invulling van dit element is primair aan de wetgever.

Secundair richt deze eis zich tot de NZa. Deze stelt immers nadere regels vast met betrekking tot de inhoud van zorgnota's. Tot deze regels kunnen ook de in art. 9(2)(g) AVG waarborgen behoren. Voor zover waarborgen in de wet of de door de NZa vastgestelde regelingen ontbreken, richt dit onderdeel zich tot de individuele zorgaanbieders, waaronder Famed. Zij dienen in hun processen en systemen waarborgen in te bouwen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene.

De Wmg zwijgt over de bedoelde waarborgen. Ook de Regeling Mondzorg bevat geen voorschriften om de (privacy)belangen van betrokkenen te beschermen. Daarmee rust de verplichting om passende waarborgen in te bouwen op de schouders van de zorgaanbieders, waaronder Famed.

3.4 De gegevensverstrekking door de zorgaanbieder aan Famed

Famed wenst ook te vernemen op welke gronden de zorgaanbieders de (bijzondere) persoonsgegevens mogen verstrekken aan Famed.

3.4.1. De Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)

Het beroepsgeheim van de zorgaanbieder is behalve in art. 88 Wet BIG ook geregeld in art. 7:457 Burgerlijk Wetboek (Boek 7, Titel 7, Afdeling 5: de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling). Art. 457 luidt:

1. *Onverminderd het in artikel 448 lid 3, tweede volzin, bepaalde draagt de hulpverlener zorg, dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. Indien verstrekking plaatsvindt, geschiedt deze slechts voor zover daardoor de persoonlijke levenssfeer van een ander*

niet wordt geschaad. De verstrekking kan geschieden zonder inachtneming van de beperkingen, bedoeld in de voorgaande volzinnen, indien het bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht.

2. Onder anderen dan de patiënt zijn niet begrepen degenen die rechtstreeks betrokken zijn bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst en degene die optreedt als vervanger van de hulpverlener, voor zover de verstrekking noodzakelijk is voor de door hen in dat kader te verrichten werkzaamheden.
3.

In de parlementaire geschiedenis van de WGBO is over art. 7:457 lid 2 BW (artikel 1653l oud-BW) de volgende passage opgenomen:

*“In de tweede plaats zijn enkele wijzigingen aangebracht in het tweede lid van artikel 1653l. Deze beogen de daar bedoelde afbakening van de geheimhoudingsplicht zo dicht mogelijk te laten aansluiten op hetgeen in de praktijk uit een juiste en zorgvuldige uitvoering van de behandelingsovereenkomst zal kunnen voortvloeien. Hierbij verdient de aandacht, dat gelet op hetgeen krachtens artikel 1653 wordt verstaan onder «handelingen op het gebied van de geneeskunst», of daartoe op grond van het derde lid van dat artikel mede wordt gerekend, het voor de uitvoering van een behandelingsovereenkomst niet alleen nodig kan zijn de medewerking in te roepen van andere beroepsbeoefenaars, zoals die waarop de oude tekst het oog had, maar dat ook de inschakeling van geheel andere categorieën van personen noodzakelijk kan zijn. Daarbij zullen dan in wisselende mate ook inlichtingen over die patiënt moeten worden verstrekt. Te denken valt hierbij onder meer aan diëtisten en vergelijkbare personen, die betrokken zijn bij de materiële verzorging van de patiënt en die zonder de in dat kader benodigde informatie hun taak niet zouden kunnen vervullen. Ook valt te denken aan spelbegeleiders op de kinderafdeling, die ten minste op de hoogte moeten zijn van bijzondere feiten of omstandigheden die zich in het kader van hun betrokkenheid kunnen voordoen. Daarnaast noemen wij degenen die onder toezicht en verantwoordelijkheid van de betrokken beroepsbeoefenaars zijn belast met het feitelijk beheer van de patiëntendossiers. **Ten slotte zal ook de financiële afwikkeling van een behandeling of verblijf in een ziekenhuis met zich meebrengen, dat bepaalde informatie over de betrokken patiënt ter kennis komt van anderen. Al de genoemde voorbeelden hebben gemeen, dat zij betrekking hebben op personen die op enigerlei wijze rechtstreeks betrokken zijn bij de uitvoering van een behandelingsovereenkomst en die in dat kader bepaalde informatie over de patiënt - hoe summier ook - nodig hebben. De aard en de omvang van de benodigde informatie vloeit hier direct voort uit de taak die deze personen in dat kader verrichten. In de praktijk wordt doorgaans aangenomen, dat deze personen onderworpen zijn aan een afgeleide geheimhoudingsplicht. Voor zover de vraag naar de grondslag van de gegevensverstrekking al wordt gesteld, wordt deze gezocht in een veronderstelde instemming van de patiënt.**”⁶ (nadruk, JT)*

⁶ Tweede Kamer, 1990/91, 21 561, nr. 6, Memorie van Antwoord, pag. 38-39.
Zie ook: L. Markenstein, *Tekst en toelichting WGBO*, Sdu 2005, pag. 51.

Als medical factoringbedrijf is Famed betrokken bij de financiële afhandeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst met de zorgaanbieder, te weten het innen van de vordering die betrekking heeft op de geneeskundige behandeling. Als cessionaris treedt Famed immers in de vorderingsrechten van de cedent (de zorgaanbieder) die voortvloeien uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst met de patiënt. Alsdan is Famed dus “rechtstreeks betrokken bij de uitvoering van een behandelingsovereenkomst” als bedoeld in de hierboven aangehaalde parlementaire geschiedenis. Het maakt in deze geen verschil dat Famed door de Wmg zelf ook als zorgaanbieder wordt aangemerkt. Art. 7:457 lid 2 BW werkt ook ten aanzien van niet-zorgaanbieders, aldus de Minister.

Famed kan mijns inziens dus worden aangemerkt als een ‘verlengde arm’ van zorgaanbieder zoals bedoeld in art. 7:457 lid 2 BW. Dit betekent dat voor de verstrekking van de (bijzondere) gegevens aan Famed de toestemming van de patiënt als bedoeld in art. 7:457 lid 1 BW verondersteld mag worden. Daaruit vloeit ook voort dat Famed dus rechtstreeks aan het beroepsgeheim van haar klanten (de zorgaanbieders) is gebonden. Niettemin acht ik het verstandig dat in de overeenkomsten tussen Famed en de zorgaanbieders een geheimhoudingsclausule is opgenomen inzake de geheimhouding van de (bijzondere) gegevens die Famed van de zorgaanbieder verkrijgt, zodat het medisch beroepsgeheim in ieder geval contractueel wordt doorgegeven aan Famed.

Voorwaarde voor de ‘veronderstelde toestemming’ is dat de patiënt over de verstrekking aan Famed wordt geïnformeerd (dat gebeurt al o.a. met posters in de wachtkamer) en in de gelegenheid wordt gesteld daartegen bezwaar te maken. In dat laatste geval blijft de verstrekking van de gegevens, en dus ook de cessie, achterwege en dient de zorgaanbieder de vordering op de patiënt voor niet-verzekerde zorg zelf te innen dan wel voor de verzekerde zorg de vordering zelf in te dienen bij de zorgverzekeraar. Ik heb niet kunnen vinden of de patiënt in het kader van de veronderstelde toestemming ook actief op dat bezwaarrecht moet worden gewezen. Dat laat ik verder aan de beoordeling van de zorgaanbieders die aan het medische beroepsgeheim zijn verbonden.

Ten slotte wijs ik nog op de volgende passage in de voornoemde Memorie van Antwoord:

Gelet op de aard van de geheimhoudingsplicht dient echter tevens te worden verzekerd, dat niet meer informatie kan worden verstrekt dan uit een goede uitvoering van de behandelingsovereenkomst voortvloeit.

Het is dus van belang dat met de zorgaanbieder moet worden afgesproken welke gegevens aan Famed moeten worden verstrekt zodat Famed, zowel als cessionaris als als zorgaanbieder onder de Wmg, diens rechten kan uitoefenen c.q. diens verplichtingen kan nakomen. Het minimum aan gegevens is dan tevens het maximum aan gegevens. Dit strookt ook met het dataminimalisatieprincipe van artikel 5 AVG.

3.4.2 De Algemene Verordening Gegevensbescherming

De rechtsbasis voor de verstrekking van de (bijzondere) persoonsgegevens is gelegen in art. 6(1)(f) AVG, het gerechtvaardigd belang van – in casu – Famed om haar rechten als cessionaris te kunnen uitoefenen. In dat geval dient de zorgaanbieder/cedent wel een belangenafweging te maken tussen het belang van Famed enerzijds en de rechten en vrijheden anderzijds. Daar moet hij het volgende in aanmerking nemen⁷:

- *De impact op de betrokkene.*

Gelet op de aard van de verwerking en de (beveiligings)maatregelen die Famed heeft genomen, waaronder een NEN 7510 en een ISO 9001 certificering, acht ik het risico voor de betrokkenen laag.

- *De aard van de data*

Het gaat in casu om bijzondere gegevens. Echter, omdat Famed als een ‘verlengde arm’ van de zorgaanbieder kan worden aangemerkt en dus aan het medisch beroepsgeheim is gebonden, dient aan dit criterium geen doorslaggevende betekenis te worden toegekend.

- *De wijze van verwerking door Famed*

In dit criterium wordt onder meer rekening gehouden met de verspreiding van de gegevens door Famed. In geval van verzekerde zorg (clearing) worden de gegevens doorgestuurd naar een partij, de verzekeraar, die de

⁷ Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Art. 7 of Directive 95/46/EC, 9 april 2014, WP217. NB. Omdat de tekst van art. 7 van Richtlijn 95/46/EG in artikel 6 AVG vrijwel niet gewijzigd is (althans niet zodanig dat dat moet leiden tot een andere interpretatie), is deze opinie nog steeds relevant onder de AVG.

gegevens zonder cessie toch al zou ontvangen. In geval van onverzekerde zorg (factoring) worden de gegevens op de factuur gezet die door Famed aan de patiënt wordt verzonden. Derhalve is dit criterium voor de belangenafweging niet van belang.

- *De gerechtvaardigde privacyverwachting van de patiënt*

In dit criterium wordt gekeken naar de context van de verwerking, zoals de status van de verstrekker (de zorgaanbieder), de aard van de dienst die Famed levert, en andere omstandigheden zoals mededelingen die door de zorgaanbieder worden gedaan aan de patiënt. In casu gaat het om een zorgaanbieder die aan het medisch beroepsgeheim is gebonden (incl. de uitzonderingen zoals hierboven besproken en van toepassing op Famed); de aard van de dienst is een – in bepaalde zorgsectoren zoals de mondzorg gebruikelijke – dienst waarbij de patiënt als *debitor cessus* rechtstreeks is betrokken; en wordt het inschakelen van Famed door de zorgaanbieder met posters in de wachtkamer en op andere wijzen aan de patiënt bekend gemaakt. Gelet op deze omstandigheden heeft de patiënt geen verhoogde privacyverwachting.

- *De status van de zorgaanbieder en van de patiënt*

In dit criterium wordt enerzijds gekeken naar de (machts)relatie tussen de verantwoordelijke en de betrokkene en anderzijds naar de vraag of de betrokkene tot een kwetsbare groep behoort. In dit geval gaat het om een overeenkomst tussen een zorgaanbieder en een patiënt, waarop een groot aantal wettelijke bepalingen van toepassing zijn (WGBO, Wmg) die de relatie reguleren. Derhalve is er van een disproportionele machtsrelatie geen sprake. Bovendien gaat het medisch beroepsgeheim er van uit dat de betrokkene actief bezwaar kan maken tegen de verstrekking van zijn/haar gegevens aan Famed (en dus tegen de cessie). Derhalve heeft een patiënt potentieel een grote invloed op de verwerking, met als uiteindelijk resultaat het feitelijk voorkomen van de verstrekking van de gegevens aan Famed. In dit criterium is dus niet van doorslaggevend belang in de belangenafweging ex artikel 6(1)(f) AVG.

Alles overziende zie ik geen belemmeringen in art. 6(1)(f) AVG om de (bijzondere) persoonsgegevens aan Famed te verstrekken.

Daarnaast is art. 9(1) AVG van belang omdat het persoonsgegevens over de gezondheid betreft. Dit artikel verbiedt de verwerking van bijzondere gegevens, en

derhalve ook de verstrekking aan een derde, tenzij een uitzondering als genoemd in art. 9(2) AVG van toepassing is. Ook een zorgaanbieder die bijzondere persoonsgegevens aan Famed verstrekt in het kader van een cessie loopt in beginsel tegen dit verbod aan. Het verbod wordt mijns inziens echter doorbroken op grond van art. 9(2)(h):

de verwerking is noodzakelijk voor uit hoofde van een overeenkomst met een gezondheidswerker en behoudens de in lid 3 genoemde voorwaarden en waarborgen;

Art. 9(3) AVG luidt:

*De in lid 1 bedoelde persoonsgegevens mogen worden verwerkt voor de in lid 2, punt h), genoemde doeleinden wanneer die gegevens worden verwerkt door of onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar die krachtens Unierecht of lidstatelijk recht of krachtens door nationale bevoegde instanties vastgestelde regels aan het beroepsgeheim is gebonden, **of door een andere persoon die eveneens krachtens Unierecht of lidstatelijk recht of krachtens door nationale bevoegde instanties vastgestelde regels tot geheimhouding is gehouden.***
(nadruk JT)

De in 9(3) bedoelde wettelijke geheimhoudingsplicht is te vinden in art. 7:457 lid 1 Burgerlijk Wetboek. Art. 7:457 lid 2 BW doorbreekt die geheimhoudingsplicht voor de verstrekking aan Famed, zoals hierboven beschreven. Derhalve geldt art. 7:457 lid 2 BW als *lex specialis* ook als doorbreking van het verbod van art. 9(1) AVG. M.a.w, art. 7:457 lid 2 BW zet via artikel 9(3) het verbod van art. 9(1) AVG opzij voor verstrekkingen aan derden die als ‘verlengde arm’ een afgeleide geheimhoudingsplicht hebben. Niettemin acht ik het – zoals gezegd – verstandig dat in de overeenkomsten tussen Famed en de zorgaanbieders een geheimhoudingsclausule is opgenomen inzake de geheimhouding van de bijzondere gegevens die Famed van de zorgaanbieder verkrijgt, zodat het medisch beroepsgeheim in ieder geval contractueel wordt doorgegeven aan Famed.

Utrecht, 18 juli 2018

Jeroen Terstegge